

☰ Neue Sorgfaltspflichten für Unternehmen

„Sorgfaltspflichtengesetz“ und die Verschärfung durch neue EU-Regeln zu Lieferketten – lassen sich Sanktionsfolgen auf Zulieferer abwälzen?



Von Prof. Dr. Christoph Graf von Bernstorff, Bremen

Gerade erst haben sich deutsche Unternehmen darauf eingestellt, dass ab dem 1.1.2023 die Regelungen durch das neue „Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz“ beachtet und befolgt werden müssen, da tut sich bereits eine Neuentwicklung auf, die eine wesentliche Verschärfung mit sich bringen kann. Am 23.2.2022 hat die EU-Kommission den Entwurf zu einem EU-Lieferkettengesetz vorgestellt, das mit der Pflicht zur Nachverfolgung ganzer Wertschöpfungsketten zu einer – im Vergleich zu den bevorstehenden deutschen Gesetzesregeln – nochmaligen Verschärfung der Unternehmerpflichten führen kann.

Für den Unternehmer stellt sich damit – neben all den zu beachtenden Compliance-Anforderungen, die implementiert werden müssen – vor allem die Frage, ob es Möglichkeiten gibt, sich der wirtschaftlichen Verantwortung für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu entziehen und Sanktionsfolgen bei verhängten Bußgeldern (z.B. durch geeignete AGB-Klauseln) vorab auf Zulieferer zu verlagern.

INHALT

- Ausgangslage
- Was ist im Hinblick auf das LkSG zu tun?
 - Lieferkette
 - Umsetzung von Compliance-Anforderungen
 - Präventionsmaßnahmen gegenüber Zulieferern
- Aspekte der Vertragsgestaltung mit Zulieferern in der Lieferkette
- Persönliche Verantwortlichkeit LkSG
 - EU-Richtlinien-Entwurf
- Vertragliche Risiko-/Schadensverlagerung
 - Geltendes Recht
 - AGB
- AGB-Klauseln
- Fazit

Ausgangslage

Das neue *deutsche* Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) tritt zum 1.1.2023 in Kraft und sorgt in Unternehmen für Unruhe, da

- bei Verstößen gegen Sorgfalts- und Informationspflichten, unabhängig von Art und Schwere des Verstoßes (§ 3 LkSG)
- sowie bei Verstoß gegen die Pflicht zum Ergreifen von Maßnahmen zur Umsetzung der Sorgfaltspflichten (§§ 4 bis 8 LkSG)

hohe Bußgelder drohen können. Zwar begründet eine Pflichtverletzung gegen Pflichten des LkSG keine zivilrechtliche Haftung, doch sind die in § 24 LkSG angedrohten Sanktionen mit bis zu 800.000 € (§ 24 Abs. 2 LkSG) bzw. bis zu 2 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes bei Großunternehmen (vgl. § 24 Abs. 3 LkSG) durchaus einschneidend.

Unternehmen sind daher gezwungen, sich kurzfristig mit betrieblichen Maßnahmen zur Erfüllung der durch das LkSG aufgestellten Pflichten zu befassen.

Erschwerend kommt noch hinzu, dass die *EU* am 23.2.2022 einen neuen „Richtlinienvorschlag (KOM 2022 [71]) über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit“ mit der

Zielsetzung vorgelegt hat, die Achtung der Menschenrechte und der Umwelt auch auf europaweiter Ebene in allen globalen Wertschöpfungsketten zu verankern. Kurz gesagt stellt die neu aufgestellte EU-Pflicht zur Nachverfolgung ganzer Wertschöpfungsketten in einem künftigen „EU-Lieferkettengesetz“ im Vergleich zum „deutschen Lieferkettengesetz“ nochmals eine wesentliche Verschärfung dar, da für deutsche Unternehmen damit ein erhöhter Kontroll- und Bürokratieaufwand verbunden sein wird. Nach aktuellem Stand fallen allerdings *Unternehmen kleiner und mittlerer Größe nicht* in den Anwendungsbereich des Kommissionsentwurfs. Für Großunternehmen jedoch baut sich damit eine zunehmend große Verantwortung auf:

	Deutsches LkSG	EU-Richtlinien-Vorschlag
Anwendung	Unternehmen mit mind. 3.000 Mitarbeitern (ab 2023) bzw. 1.000 MA (ab 2024)	Insbesondere Großunternehmen, gem. Art. 2
	Nur unmittelbare Partner in der Lieferkette	Gefordert wird eine auch anlasslose Überwachung der gesamten Wertschöpfungskette
Sanktion	Bußgeld, § 24 LkSG	Bußgeld, Art. 20 und zivilrechtliche Haftung, Art. 22
Schutzzweck	Auflistung geschützter Rechtspositionen in § 2 LkSG	Sehr weiter Klima-/Umwelt-Schutzzweck nach Art. 1
Pflichten	Sorgfaltspflichten nach § 3 Abs. 1 LkSG	Verpflichtende Maßnahmen gem. Art. 5 bis 11 und Befolgung der Pflichten aus internationalen Menschenrechts-Übereinkommen: Auflistung in Anhang I

Was ist im Hinblick auf das LkSG zu tun?

Lieferkette

Der Begriff Lieferkette, innerhalb derer die Unternehmen Maßnahmen umzusetzen haben, um künftig Menschenrechts- und Umweltrechtsverletzungen zu vermeiden, erfasst alle Vorgänge im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte, zur Erbringung der Dienstleistungen und bis hin zur Lieferung an den Endkunden erforderlich sind. Die Lieferkette umfasst dabei den eigenen Geschäftsbereich des Unternehmens ebenso wie die (mittelbaren und unmittelbaren) Zulieferer, § 2 Abs. 5 bis 8 LkSG.

Umsetzung von Compliance-Anforderungen

Das LkSG legt den Unternehmen in § 3 Abs. 1 Verfahrensschritte vor, die aufeinander aufbauen. Zur Vermeidung von in § 24 LkSG angedrohten Sanktionen müssen Unternehmen ab dem 1.1.2023 Nachweise über die Umsetzung der in § 3 Abs. 1 LkSG geforderten Maßnahmen und Prozesse erbringen, die im Wesentlichen in der Errichtung eines Risikomanagements bestehen und das Ziel verfolgen, Risiken und Verletzungen von Menschen- und Umweltrechten entlang der Lieferketten zu identifizieren, zu verhindern, zu beenden oder zumindest zu minimieren.

Präventionsmaßnahmen gegenüber Zulieferern

Das LkSG erlegt betroffenen Unternehmen in § 6 Abs. 3 nicht nur Sorgfaltspflichten im eigenen Geschäftsbereich auf. Vielmehr werden Unternehmen nach § 6 Abs. 4 LkSG dazu verpflichtet, sich die **Einhaltung gewisser Standards auch von ihren unmittelbaren Zulieferern vertraglich zusichern zu lassen** und dabei auch entsprechende Kontrollmechanismen zu deren Durchsetzung zu vereinbaren (§ 6 Abs. 4 Ziff. 4 LkSG). Da auch **Regelungsbedarf für die Fälle besteht, in denen der Zulieferer vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt**, könnte im Rahmen der damit ohnehin anstehenden vertraglichen Vereinbarungen der Gedanke aufkommen, durch geeignete Gestaltung der Unternehmer-AGB zusätzlich auch Risiken auf den Zulieferer abzuwälzen und damit der wirtschaftlichen Verantwortlichkeit, die aus Sanktionen des LkSG folgen, zu entgehen.

Aspekte der Vertragsgestaltung mit Zulieferern in der Lieferkette

Das LkSG unterscheidet in § 2 Abs. 7 und 8 den unmittelbaren vom mittelbaren Zulieferer.

Der unmittelbare Zulieferer im Sinne des § 2 Abs. 7 LkSG ist jeder direkte Partner eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, dessen Zulieferungen für die Erstellung des Produktes des Unternehmens oder zur Erbringung und Inanspruchnahme der betreffenden Dienstleistung notwendig sind. Ob sich unmittelbare Zulieferer auf Vertragsänderungswünsche des Unternehmers einlassen, ist von vielen Faktoren abhängig. Dabei dürfte eine Vertragsanpassung an die Erfordernisse des LkSG unproblematisch sein, wenn unmittelbare Zulieferer selbst unmittelbare Adressaten des LkSG sind und ebenfalls Sorgfaltspflichten einhalten müssen. Sind Zulieferer jedoch nicht selbst Adressaten des LkSG, muss geprüft werden, ob der Zulieferer über eine individuelle vertragliche Vereinbarung oder über geeignete AGB-Klauseln dazu veranlasst werden kann, notwendige Zusicherungen zu geben und, wo erforderlich, Kontrollmechanismen zu gestatten.

Für die kaufmännische Praxis stellt sich daher die naheliegende Frage, ob die aktuellen Verhaltens- und Verfahrensweisen im Umgang mit Lieferanten noch ausreichenden Schutz vor Sanktionen des LkSG bieten können, oder ob es – im Hinblick auf die vertragstechnischen Grundlagen der Liefergeschäfte – Handlungsbedarf im Hinblick auf die Klauselgestaltung der Kaufverträge und insbesondere auch der eingesetzten AGB gibt. Dabei soll im Folgenden auf einige wichtige und grundlegende Probleme hingewiesen werden, die den Unternehmen verdeutlichen können, ob sie eine juristische Überprüfung der bestehenden Einkaufs- und AGB-Texte und gegebenenfalls eine textliche Anpassung vornehmen sollten.

Persönliche Verantwortlichkeit

Zunächst ist eindeutig klarzustellen, dass das LkSG – ebenso wie die durch Umsetzung der bevorstehenden neuen EU-Richtlinie erfolgende gesetzliche Anpassung – von einer **unmittelbaren Verantwortung des Unternehmers** ausgeht:

LkSG

Das **LkSG** normiert keine Pflichten für Zulieferer, sondern richtet sich *ausschließlich* an *inländische Einkäufer*. Das Gesetz klärt dies unmittelbar bereits im einleitenden § 1 Abs. 1 („Dieses Gesetz ist anzuwenden auf Unternehmen ungeachtet ihrer Rechtsform...“) und setzt diese Gedanken mit den Festlegungen der den Unternehmen auferlegten Sorgfaltspflichten in § 3 LkSG fort.

EU-Richtlinien-Entwurf

Der Entwurf der **EU-Richtlinie** stellt in den Erwägungsgründen 14 und 15 ebenfalls die unmittelbare Verantwortlichkeit heraus: „Mit dieser Richtlinie soll sichergestellt werden, dass im Binnenmarkt tätige Unternehmen zur nachhaltigen Entwicklung und zur Nachhaltigkeitswende der Volkswirtschaften und Gesellschaften beitragen, indem sie potenzielle oder tatsächliche negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt *im Zusammenhang mit der eigenen Geschäftstätigkeit, ihren Tochterunternehmen und ihren Wertschöpfungsketten* ermitteln, vermeiden, abschwächen, beheben und minimieren. Unternehmen sollten geeignete Schritte unternehmen, um in Bezug auf *ihre eigene Geschäftstätigkeit*, ihre Tochterunternehmen sowie ihre etablierten direkten oder indirekten Geschäftsbeziehungen entlang ihrer Wertschöpfungsketten gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie Maßnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht einzuführen und durchzuführen...“.

Dies bedeutet für die Unternehmen, dass sie neben

- der Abgabe einer Grundsatzerklärung zur verfolgten Menschenrechtsstrategie (§ 6 Abs. 2 LkSG)
- Präventionsmaßnahmen hinsichtlich der Einkaufspraktiken (§ 6 Abs. 3 LkSG) und der Lieferantenauswahl verfolgen (§ 6 Abs. 4 LkSG),
- und vertragliche Zusicherungen der Lieferanten einholen müssen (§ 6 Abs. 4 LkSG)
- sowie grundsätzliche Verhaltensweisen „gegenüber Lieferanten verankern“ müssen (§ 6 Abs. 4 LkSG).

Vertragliche Risiko-/Schadensverlagerung

Der naheliegende Gedanke, dass Unternehmen sich durch Verlagerung von Ri-

siken oder Verabredung von Schadensersatzansprüchen (wirtschaftlich betrachtet) bei ihren Zulieferern schadlos halten, sollte bei ihnen ein sanktionierter Verstoß gegen Vorschriften des LkSG feststellbar sein, ist nur auf vertraglichem Wege vorstellbar, aber – wie nachfolgend beschrieben wird – kaum oder nur in sehr beschränktem Maße durchführbar.

Geltendes Recht

Zum einen könnte der Gedanke aufkommen, dass über die Wahl des für Einkaufsverträge geltenden Rechts Einfluss auf die Wirkung des LkSG genommen werden könnte. So könnte beispielsweise das Recht des Verkäuferlandes verabredet werden. Geschieht dies (gemäß Art. 3 ROM-I-VO), unterliegt der Einkaufsvertrag dem ausländischen Recht des Zulieferers. Fehlt eine Festlegung zum geltenden Recht, kommt man zu demselben Ergebnis, denn nach den Grundsätzen des Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a) ROM-I-VO bestimmt dann das Recht des Staates, in dem der Verkäufer (also der Zulieferer) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, das für den Einkaufsvertrag verbindliche Recht. Das hat dann zwar zur Folge, dass der (ausländische) Verkäufer/Zulieferer nicht den Sanktionen des LkSG unterliegt, wohl aber – und durch die Rechtswahl nicht umgebar – der (inländische) Einkäufer, wenn er die ihm durch das LkSG auferlegten Sorgfaltspflichten bei Auswahl des ausländischen Zulieferers missachtet hat. Über die „Rechtswahl“ kann der inländische Unternehmer seiner Sorgfaltspflicht nach LkSG also nicht entgehen.

AGB

Grundsätzlich verwenden Unternehmen bei ihren Verkaufs- und Einkaufsgeschäften AGB, wobei sämtliche „vorformulierte Vertragsbedingungen“ und nicht nur formularmäßig gedruckte AGB-Texte sich als AGB im Sinne der §§ 305 ff. BGB verstehen und damit dann auch einer *Inhaltskontrolle* nach den §§ 307 bis 309 BGB unterfallen. Der Gedanke des inländischen Unternehmers, über „seine“ Einkaufs-AGB Risiken/Schäden auf den ausländischen Zulieferer zu verlagern, kann aus diversen Gründen scheitern:

(1) Zum einen ist es ein üblicher Vorgang, dass Geschäftspartner **wechselseitig AGB** verwenden; dabei kommt es

sehr oft zu einander widersprechenden AGB-Klauseln. Hier kommt dann das Prinzip der Kongruenzgeltung zur Anwendung: Danach sind *alle sich widersprechenden Klauseln unwirksam*, und nur die inhaltlich übereinstimmenden Klauseln entfalten Wirkung. Von einer Teilunwirksamkeit der AGB wird aber der übrige Kaufvertrag nicht berührt, wie sich aus § 306 BGB ergibt: Sind AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam. – Dieser Aspekt ist beispielsweise immer wichtig, wenn Kaufvertragsparteien „ihr Recht“ festlegen und dann – bei einander widersprechenden Rechtswahlklauseln – der Grundsatz des Art. 4 ROM-I-VO zur Anwendung des Verkäuferrechts führt; ähnlich ist es auch bei Festlegung eines „Gerichtsstands“, der – bei einander widersprechenden Festlegungen – als „allgemeiner Gerichtsstand“ beim jeweiligen Schuldner (z.B. beim Verkäufer hinsichtlich der Lieferung, beim Käufer hinsichtlich der Bezahlung) verortet wird.

(2) **Angemessenheit** der Vertragsklausel: Die Gesetzesnormen zur Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln schaffen über § 307 BGB Klarheit, dass ein überdeutliches Ausweichen vor den Normen des LkSG nur unter großen Schwierigkeiten gelingen kann. So normiert § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Ziffer 1 BGB wie folgt: „Bestimmungen in AGB sind unwirksam, wenn sie *den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen*. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn *eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist*“.

Unter dieser Prämisse sind nun einige weitere Kriterien, die der deutsche Unternehmer in seinen *Einkaufs-AGB* nutzen könnte, hinsichtlich ihrer Erfolgsaussichten kurz zu beschreiben.

AGB-Klauseln

Eine gegenüber dem ausländischen Zulieferer in den Einkaufs-AGB verwendete „**Auskunfts- oder Dokumentationsklausel**“, die den „Präventions- und Do-

kumentationsvorgaben“ der §§ 6 und 10 LkSG genügen soll, muss daran gemessen werden, dass sie den ausländischen Zulieferer nicht unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 BGB); dies bedeutet, dass der Zulieferer nicht zu weitgehend verpflichtet werden darf, also beispielsweise nicht über die AGB-Klausel dazu verpflichtet werden darf, „unnötige“ Informationen zu geben oder zu weitgehende vertrauliche, innerbetriebliche Geschäftsunterlagen vorzulegen.

Auch eine „**Haftungsfreizeichnungsklausel**“ in Einkaufs-AGB, mit der der deutsche Unternehmer versuchen könnte zu vereinbaren, dass der ausländische Zulieferer den Einkäufer von den Folgen der Sanktionen des LkSG freistellt (also etwa Schäden auszugleichen hat usw.), ist sehr problematisch. Dies liegt bereits daran, dass wesentliche Vertragspflichten (auch „Kardinalpflichten“ genannt) nicht unangemessen eingeschränkt werden dürfen, was aber der Fall wäre, wenn der deutsche Unternehmer die ihn aus dem LkSG treffenden Pflichten im Hinblick auf die Sanktionsfolgen (Bußgeldzahlung) auf den Zulieferer verlagern will. In der Rechtsprechung zu § 309 Nr. 7 BGB hat die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH das Verbot der Freizeichnung bei grobem Verschulden in vollem Umfang auch zwischen Kaufleuten, also für den unternehmerischen Geschäftsverkehr, für anwendbar erklärt. Damit ist durch die Vorgaben der Rechtsprechung eine Formulierung wirksamer Haftungsfreistellungen erheblich erschwert und im Ergebnis – als eindeutig dem Zweck des LkSG widersprechend – auch nicht sinnvoll.

In Frage kommt eventuell noch, dass der deutsche Unternehmer in seinen Einkaufs-AGB eine „**Vertragsstrafe**“ vereinbaren will, um einen etwaigen Schaden aus LkSG-Pflichtverletzung wirtschaftlich letztlich auf den Zulieferer abzuwälzen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH hat in 2017 aber auch hier strenge Maßstäbe angelegt: Nach § 307 I 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Das ist der Fall, wenn der Verwender *durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen*

versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Dabei sind ein generalisierender, überindividueller Prüfungsmaßstab und eine von den Besonderheiten des Einzelfalls losgelöste typisierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen. Eine *unangemessene, gegen Treu und Glauben verstößende Benachteiligung des Schuldners einer Vertragsstrafe* kann sich – auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr – aus der *unangemessenen Höhe* der Vertragsstrafe ergeben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und zu den Folgen für den Schuldner der Vertragsstrafe steht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vertragsstrafe gemäß den §§ 339 ff. BGB eigentlich eine andere, doppelte Zielrichtung hat. Sie soll zum einen als Druckmittel den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten und zum anderen dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung eröffnen. Ist daher *ein bestimmter Betrag als pauschale Sanktion* vorgesehen, ohne dass nach Art, Gewicht und Dauer der Vertragsverstöße differenziert wird, kann die Unangemessenheit schon daraus folgen.

Fazit

Die ab dem 1.1.2023 geltenden neuen Sorgfaltspflichten des LkSG werden deutsche Unternehmen auf vielfache Weise dazu zwingen, sich erneut um die Implementierung gesetzlicher Vorgaben in Abläufen des betrieblichen „Compliance“ zu kümmern. Versuche, etwaige Schadensfolgen wegen Gesetzesverstößen durch AGB-Klauseln auf Zulieferer zu verlagern, dürften nur unter sehr engen Voraussetzungen gelingen. Erschwerend kommt hinzu, dass die ab dem 1.1.2023 geltenden – deutschen – Normen des LkSG nur auf absehbare Zeit gelten, bevor sie selbst durch Umsetzung des EU-Richtlinienvorschlages (und wegen des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts) angepasst – und damit nochmals verschärft – werden müssen.